

Lücken im Recht.

Rede
gehalten
bei Antritt des Rektorats
der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Bonn
am 18. Oktober 1902

von
Ernst Zitelmann.



Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1903.

Hochgeehrte Herren!

An unserem Gesetzbuch ist mehr als zwanzig Jahre mit rastlosem Fleiſs und unermüdlicher Sorgfalt gearbeitet worden — und doch hört man oft genug, und die Verfasser haben das auch selbst vorhergesagt, es fänden sich auch in diesem Gesetzbuch wie in jedem anderen Lücken. Und zwar Lücken nicht bloſs in dem Sinn, daſs man von irgend einem Beurteilungsstandpunkt aus gesetzgeberisch einen Satz in dem geltenden Recht vermiſst und eingeführt sehen möchte — das würde sich leicht begreifen lassen: wann hätte je ein Werk jedermann gleichmäſsig zufrieden gestellt? und nun gar ein Gesetzeswerk, das doch immer aus harten Interessengegensätzen heraus geschaffen ist! —; nein, gemeint sind Lücken für die Rechtsanwendung, in dem Sinne also, daſs das positive Recht für einen vorgelegten Fall keine Entscheidung gewähre, daſs die Antwort auf eine bestimmte Frage aus ihm nicht zu entnehmen sei. In diesem Sinne ist denn auch die Lehre von den Lücken des positiven Rechts ein

eiserner Bestandteil unserer Lehrbücher geworden: gelehrt wird, jedes Recht habe Lücken, und müsse sie — so pflegt man mit einer bei Juristen fast befremdlichen Bescheidenheit hinzuzusetzen — angesehen das unvollkommene Mafs irdischer Kräfte, haben. Da aber eine Entscheidung doch gefunden werden müsse, da insbesondere der Richter die Entscheidung nicht ablehnen dürfe, so müsse mit Hilfe der Rechtswissenschaft die Lücke ausgefüllt werden.

Hier liegen zwei Probleme. Das eine lautet: was sind Lücken? das andere: wie werden sie ausgefüllt? In Bezug auf diese zweite Frage wird allgemein gelehrt, die Ausfüllung müsse geschehen nach der Analogie vorhandener Gesetzesbestimmungen oder in Ermangelung solcher nach der Analogie oder, wie andere sagen, nach dem Geiste der gesamten Rechtsordnung — übrigens einem der Geister, die bei den meisten Beschwörern nicht zu erscheinen pflegen. Aber was denn das Wesen dieser Analogieziehungen und der weiteren geistigen Prozesse ist, die der Richter hierbei vorzunehmen hat, darüber ist man keineswegs einig. Diese Frage wird gerade in neuerer Zeit auf das lebhafteste verhandelt und verdient auch in vollem Mafs das Interesse, das ihr gewidmet wird. Kommt man hier doch offenbar an zentrale Punkte des juristischen Bereiches: das Verhältnis zwischen Recht und Richter, zwischen Gesetz und Recht, zwischen Zwang

und Freiheit, zwischen positivem Recht und Naturrecht wird hier Problem.

Aber ich will die Brandung von Meinungsäufserungen über alles das nicht noch vermehren, will vielmehr die andere Frage nach dem Wesen der Lücken einer kurzen Erörterung unterziehen: gibt es wirklich Lücken im wahren Sinne des Wortes? oder, da die Wirklichkeit der Erscheinungen, bei denen man von Lücken spricht, aufser Zweifel steht: was sind denn diese Lücken? in welchem Sinne sind sie Lücken, und darf man sie überhaupt so nennen? Diese Frage ist die frühere: ihre Beantwortung mufs, das läfst sich doch wohl von vornherein annehmen, Einflufs haben auf die Beantwortung jener ersten vielbesprochenen Frage nach dem Wesen der Lückenausfüllung — und doch ist sie merkwürdigerweise so gut wie gar nicht behandelt. Man weifs ja, wie seltsam das geht: dicht neben einem von allen Reisenden besuchten Gebiet ein anderes ebenso lohnendes, das doch ganz einsam, geradezu in Vergessenheit daliegt. So ist es mit der Frage nach dem Wesen der Rechtslücken: fast jeder eilte und eilt daran vorüber. Nur wenige haben dies unbekannte Land betreten. Etwa der erste, der kam, war Brinz, dieser ausgezeichnete, immer abseits der grofsen Heerstrafse eigene Wege suchende Denker: aber er streifte doch nur ganz flüchtig einmal hindurch, und kaum jemand folgte ihm auf seinem Wege[1].

Von einer anderen Seite drang Bergbohm, unser Bergbohm ein[2]: auf der unermüdlichen Jagd, mit der er das Naturrecht verfolgte und in allen seinen Schlupfwinkeln aufspürte, kam er auch auf dieses Gebiet und lernte es wenigstens zum Teil kennen. Aber auch er fand kaum Nachfolge: im ganzen dauert die Stille immer noch an.

Indem ich Sie zu einem Ausflug hierher einlade, will ich zuerst das zu durchstreifende Fragegebiet enger abgrenzen: der gesamte Bezirk der Frage ist gröfser als er zunächst erscheint. Es sollen alle die Fälle beiseite bleiben, wo das Gesetz ganze Bereiche von Lebenstatsachen aufserhalb seiner Ordnung beläfst, wo es sich also gar nicht die Aufgabe stellt, ordnend einzugreifen, mag es diese Beschränkung üben, weil eine andere rechtschaffende Gewalt dieser Aufgabe genügen soll — so überläfst das deutsche Reichsrecht gewisse Gebiete, wie z. B. das Gesinderecht, der Landesgesetzgebung[3] —, oder weil der Gesetzgeber sich einstweilen zur abschliefsenden Regelung dieses Tatsachenbereichs noch nicht reif genug fühlt — so sehen wir z. B. immer noch einem privatrechtlichen Versicherungsgesetz entgegen —, oder endlich weil die notwendige Ordnung dieser Tatsachen anderen Mächten überlassen werden soll — glücklicherweise ist das Recht mit seinen Drohungen und Verheifsungen ja nicht die einzige und nicht einmal die

einflufsreichste der Mächte, die das menschliche Tun regieren: man denke nur an Religion, Ethik, Sitte, an die Gesetze der Liebe und des ästhetisch Schönen, und endlich an die Ordnungen des Verhaltens, die sich der verständige Egoismus des Einzelnen selber findet. Wie weit der Staat durch Gesetze eingreifen, wie weit er die nötigen Ordnungen diesen anderen Mächten überlassen soll, das gerade ist die wichtigste Frage, die es für die Gesetzgebungspolitik überhaupt gibt[4].

Nein, alles das mag hier und heute beiseite bleiben. Ich will nur von den Fällen sprechen, wo das Gesetz innerhalb der Aufgaben, die es sich selbst gestellt hat, Lücken läfst, also von Lücken innerhalb des Rechts, nicht von den Grenzen, die sich die Rechtsordnung selbst zieht. Dafs sogar auf diesem engeren Gebiet Lücken für die Rechtsanwendung unvermeidlich vorkommen, das ist anerkannt, aber nicht erfreulich. Es ist anerkannt: nur scheinbar bestehen hier Meinungsverschiedenheiten. Wenn nämlich, was allerdings richtig ist, der Richter jede Lücke ausfüllen mufs, und wenn das, womit sie ausgefüllt wird, notwendig ebenfalls wieder Recht ist, so kann man auch sagen — und einige sagen so —, das *Recht* sei ein lückenloses Ganzes, nur das Gesetz habe Lücken. Das ist offenbar nicht viel mehr als ein Ausdrucksstreit: stellt man sich auf den Standpunkt *vor* Ausfüllung der Lücken, denkt man also das Recht so,

wie es hier zunächst erscheint, so wird man sagen, es habe Lücken; stellt man sich auf den Standpunkt nach Ausfüllung der Lücken, denkt man also an das Ergebnis, so wird man die Lücken leugnen[5]. Ich nehme indes die vorsichtigere Wendung an: das Recht so, wie es zunächst erscheint, also kürzer das Gesetz, hat, so sagt man, Lücken. Und als Erklärung dieser unerfreulichen Tatsache wird immer nur mit einem kleinen Seufzer der Entsagung die Armut des theoretischen Denkens gegenüber dem Reichtum der Wirklichkeit angeführt: niemals werde es gelingen, die unerschöpfliche Fülle des wirklichen Lebens mit all den Rechtsfragen, die es darbiete, in die engen Paragraphen eines Gesetzbuches einzufangen; immer aufs neue bringe das Leben Fälle hervor, an die kein Gesetzgeber vorher habe denken können. Und hier habe dann eben die richterliche Tätigkeit der Analogieziehung einzutreten. Ich verdeutliche das Gesagte wohl am besten dadurch, daſs ich einige Fälle anführe, in denen die herrschende Lehre zweifellos von Lücken sprechen wird.

Unser früheres Handelsgesetzbuch stellte wie auch das jetzige den Vertragsschluſs unter Anwesenden und den unter Abwesenden unter verschiedene Regeln — sehr vernünftigerweise: insbesondere gilt ein Vertragsantrag unter Anwesenden als abgelehnt, wenn er nicht sofort angenommen wird, während unter Abwesenden eine gewisse Frist gegeben ist. Nun kam das Telephon

auf; das alte Handelsgesetzbuch hatte diesen Fall nicht bedenken können — das war also eine Lücke: man füllte sie aus, indem man den durch Fernsprecher von Person zu Person gemachten Vertragsantrag analog dem unter Anwesenden gemachten behandelte. Dies ist jetzt auch ausdrücklich im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmt worden[6].

Oder ein strafrechtlicher Fall. Ein entlassener Gutsverwalter hatte einen Knecht dazu angestiftet, die Scheune des Gutsherrn in Brand zu setzen; der Knecht hatte das Feuer auch angelegt, aber bevor noch der Brand entdeckt und weiterer Schade entstanden war, hatte der Verwalter, von Angst und Reue getrieben, den Brand selbst wieder gelöscht — ein Fall der sogenannten tätigen Reue. Unser Strafgesetzbuch läfst, wenn der Täter selbst derartig handelt, Straflosigkeit eintreten. Wohl vergessen ist aber im Strafgesetzbuch der Fall, dafs der Anstifter — dem ja ebenfalls schwere Zuchthausstrafe angedroht ist — tätige Reue erweist. Diese Lücke füllt unsere Rechtsprechung aus, indem sie die für den Täter selbst geltende Bestimmung auf den Anstifter ausdehnt.

Anders geschieht die Lückenausfüllung in folgendem Fall. Unser Bürgerliches Gesetzbuch erlaubt es, dafs man Rechtsgeschäfte unter einer Bedingung, d. h. auf einen bestimmten Fall hin, abschliefst; jemand kann z. B. ein Haus in Bonn unter der Bedingung kaufen, dafs die

Verhandlungen über seine Berufung hierher zu günstigem Ende führten. Nun hatte ein Hauswirt pünktlich zum 1. Oktober seinem Mieter einen Brief geschrieben, er müsse ihm hiermit zum 1. Januar die Wohnung kündigen, freilich kündige er nur für den Fall und unter der Bedingung, dafs sein Schwiegersohn hierher versetzt würde, worüber soeben verhandelt werde: er wolle den Schwiegersohn dann bei sich wohnen haben. Es handelte sich um die Giltigkeit der Kündigung: entschieden worden ist, im Gesetzbuch stehe zwar nichts darüber, ob auch die Kündigung unter einer Bedingung geschehen könne; es sei indes Ungiltigkeit anzunehmen, denn die Kündigung sei dazu da, dem Mieter einen Zeitraum zu lassen, um für sein anderweitiges Unterkommen zu sorgen: bei einer blofs bedingten Kündigung wisse aber der Mieter nicht, woran er sei — eine gewifs weise und zu billigende Entscheidung.

Weniger sicher ist folgende Entscheidung. Eine der Grundlehren unseres Rechts ist die, dafs jeder den von ihm erlittenen Schaden allein zu tragen hat; nur wenn ein anderer ihn vorsätzlich oder fahrlässig herbeiführte, mufs dieser ihn ersetzen. Wenn jemand in einem Restaurant oder Konzert sitzt und ein Dieb bestiehlt ihn und entwischt, so kann er den Restaurateur oder Konzertveranstalter nicht haftbar machen: dieser ist ohne Schuld an dem Diebstahl. Hier ist aber vor etwa zweitausend Jahren

in Rom die Bestimmung getroffen, dafs die Gastwirte für allen Schaden, den die zur Beherbergung aufgenommenen Gäste an ihren eingebrachten Sachen erleiden, aufkommen müssen, auch wenn sie selbst ganz schuldlos sind. Die modernen Gesetzgebungen, auch unser Bürgerliches Gesetzbuch, haben diesen Satz als erprobt beibehalten. Neulich ist nun ein Reisender in einem Schlafwagen der Eisenbahn während der Fahrt bestohlen worden. Der römische Prätor hat an Eisenbahnschlafwagen wahrscheinlich noch nicht gedacht, und auch die modernen Gesetze sagen über diesen Fall nichts: wie ist diese Lücke, wie man sie nennt, auszufüllen? Mehrere Gerichte und Schriftsteller haben sich dafür erklärt, die Analogie der Haftung der Gasthofswirte sei herbeizuziehen; die Schlafwagengesellschaft müsse gleich dem Gasthofswirt haften: der Schlafwagen sei wie ein auf Rädern laufendes Hotel zu betrachten. Andere lehnen diese Analogie ab[7], ich selbst würde sie billigen.

Ein weiteres Beispiel. Zu den wichtigsten Fragen des Kaufrechts gehört die nach der Gefahr: wenn die verkaufte Sache nach dem Verkauf, aber vor der Übergabe durch reinen Zufall zu Grunde geht, mufs dann der Käufer doch den Preis zahlen, so dafs ihn dann die Gefahr trifft, oder nicht? Unser Gesetzbuch entscheidet, die Gefahr treffe den Käufer erst von der Übergabe ab; nur wo er sich die Ware von einem anderen Orte zu-

senden läſst, soll ihn die Gefahr bereits von der Absendung an treffen, er trägt dann also die Gefahr schon während der Beförderung. Nun kauft jemand hier in der Stadt einen Spiegel und läſst ihn sich von Bonn-Nord an sein Haus in Bonn-Süd senden, unterwegs wird der Spiegel ohne Schuld dessen, der ihn trägt, etwa durch den Steinwurf eines Jungen, der dann unerkannt entkommt, zertrümmert: wer trägt hier die Gefahr? Den Fall einer Versendung innerhalb einer Stadt behandelt das Gesetz nicht. Bei einer Versendung von Bonn-Süd nach Godesberg würde Käufer die Gefahr tragen — soll er sie etwa weniger tragen bei dieser vielleicht ebenso langen Strecke innerhalb Bonns? Die Schriftsteller sind indes verschiedener Meinung; das Hanseatische Oberlandesgericht in Hamburg hat sich neulich für die Analogie erklärt und läſst den Käufer die Gefahr tragen [8]; ich selbst trete dieser Entscheidung bei.

Nach einer anderen Richtung hin interessiert ein letztes Beispiel. Das römische Recht, das ja in Deutschland bis 1900 galt, gab dem Eigentümer bei Sachbeschädigungen einen bestimmten weitgehenden Schadensersatzanspruch gegen den Täter. Nun nehmen Sie folgenden Fall. Bei einer Seefahrt will sich jemand an Bord Wein in einen Becher einschenken; ein anderer stöſst ihn an, so daſs der Becher, was beabsichtigt war, hinfällt und zerbricht — unzweifelhafte Sachbeschädigung. Wie

aber, so fragt der römische Jurist, wenn der Becher sanft ins Wasser rollt — immer Vorsatz des Täters vorausgesetzt? Für den Eigentümer ist der Becher hier verloren, aber er ist als solcher heil geblieben. Vielleicht hat in diesem Augenblick bereits ein langhaariger Tritone ihn aufgefischt und der von ihm heifs und heimlich verehrten Nereide zum Geschenk gebracht. Also zerstört oder beschädigt ist der Becher nicht. Das ältere römische Recht scheute demnach, hier die Ersatzfolge eintreten zu lassen; man empfand dies aber als eine Lücke und füllte diese später aus, indem man die Tat nach Analogie einer wirklichen Sachbeschädigung beurteilte.

Indes gerade dieser letzte Fall erweckt Bedenken und leitet damit zu neuen Gedankengängen hinüber, sobald wir ihn von seiner strafrechtlichen Seite ansehen. Das Strafgesetzbuch bedroht mit Strafe den, der vorsätzlich eine fremde Sache beschädigt oder zerstört. Auch bei der Fassung dieses Satzes war wohl an jene anderen Fälle der Entziehung von Sachgütern nicht gedacht worden; es ist also eine Lücke da. Anerkanntermafsen darf nun der Strafrichter eine Strafe nur verhängen, wenn sie vorher im Gesetz angedroht ist, Analogie ist mithin ausgeschlossen. Daraus folgt mit Notwendigkeit: wenn der Becher, ohne zu zerbrechen, ins Meer versunken ist, so kann der Täter wegen Sachbeschädigung nicht bestraft werden [9]. Eine derartige Entscheidung pflegt besonders bei

Nichtjuristen ein starkes Schütteln des Kopfes hervorzurufen, weil sie rein formalistisch, lediglich einer Buchstabenjurisprudenz entflossen zu sein scheint. Ein älterer würdiger Jurist[10], der die Ausschliefsung der Analogie auch lebhaft mifsbilligt, führt als abschreckendes Beispiel an, in England, wo die Analogieziehung ebenfalls nicht gestattet sei, könne, da das englische Gesetz nur die Doppelehe verbiete, denjenigen, welcher — so sagt der Verfasser entrüstet — „Drey Weiber heurathet, keine Strafe treffen". Nun, die letztere Entscheidung billige ich ebensowenig wie die Tat selbst. Indes bei diesem Gesetz ist ja schon durch blofse Auslegung zu helfen; es bedarf gar keiner Analogie. Was jedoch den Fall mit dem Becher betrifft, so möchte ich rasch nur ein erklärendes Wort einfügen. Niemand unter uns wird zweifeln, dafs die eine Art der Entziehung der Sache gerade so gut Strafe verdient, wie die andere. Aber ist es denn so schlimm, dafs auch einmal einer unbestraft bleibt, der Strafe verdient? es geht manch einer in Ehren und Würden umher, dem ich auch nicht als Freund und Bruder die Hand drücken möchte, ja dessen Bild ins Verbrecheralbum gehörte. Denken Sie aber nur an politisch erregte Zeiten, und Sie können Sich leicht vorstellen, wie sehr Mifsbrauch getrieben werden könnte, wenn die Gerichte über die vorhandenen Strafdrohungen hinaus neue durch analoge Weiterbildungen ersinnen

dürften. Der Satz vom Ausschlufs der Analogie bei Strafdrohungen ist eine Schutzwehr unserer bürgerlichen Freiheit: wir müssen an ihm festhalten, selbst wenn er einmal zu einem Ergebnis führt, das uns nicht gefällt[11].

Aber sei dem, wie ihm wolle, jedenfalls ist der positive Satz, dafs der Strafrichter in jenem Falle keine Analogie anwenden darf, unzweifelhaft; er darf daher auf erhobene Anklage hin den Täter nicht bestrafen. Wie also? wir haben hier, wie es hiefs, eine Lücke; der Richter darf sie durch Analogie nicht ausfüllen und doch entscheidet er ohne jede Schwierigkeit — er erkennt eben, dafs die Handlung straffrei sei, er spricht den Täter frei. Die Rechtsordnung gibt ihm also doch die Möglichkeit zu entscheiden: eine wahre Lücke kann mithin nicht vorhanden sein. Ebenso steht es aber mit der zivilrechtlichen Frage nach dem Schadensersatz; eine Lücke in dem Sinne, dafs der Richter nach dem Gesetz eine Entscheidung nicht geben könne, ist nicht vorhanden: er kann ja erkenen, dafs der Täter zum Schadensersatz nicht verpflichtet sei und bleibt damit bei dem Gesetz, das eine Schadensersatzpflicht eben nicht angeordnet hat.

Das ist ja doch die Sachlage — um es im Bilde zu sagen —: ein ganzes unermefsliches wogendes Meer möglicher Tatsachen, daraus heben sich als Inseln diejenigen heraus, an die das Gesetz die Entstehung einer

Schadensersatzpflicht oder eines Rechts des Staats zu strafen, den Erwerb von Eigentum oder irgend eine sonstige juristische Folge geknüpft hat. Soweit die Insel nicht da ist, bleibt eben überall das freie Meer. Oder ohne dies Bild gesprochen: soweit die Rechtsordnung an eine gewisse Tatsache diese bestimmte rechtliche Folge nicht geknüpft hat, kann sie auch nicht eintreten; ist es ja doch die Rechtsordnung allein, die der Tatsache die Kraft diese Folge zu erzeugen verleihen könnte. Man darf zwar nicht sagen, es existiere für jede dieser anderen wirkungslos gelassenen Tatsachen ein eigener Rechtssatz des Inhalts: diese Tatsache erzeugt kein Eigentum, keine Verpflichtung, kein Bestrafungsrecht; vereinzelt kommen solche ausdrücklichen verneinenden Sätze wirklich vor, aber es bedarf ihrer nicht, denn die Ausgangsfläche aller unserer Beurteilung ist immer die, dafs keine Wirkung eintritt, wenn sie nicht besonders angeordnet ist, insbesondere auch keine Ersatzpflicht, kein Recht zu strafen — glücklicherweise brauchen wir ja doch trotz der sich immer mehrenden Strafdrohungen noch nicht die pessimistische Anschauung zu haben, dafs man für alles, was man tut, bestraft wird, sofern nicht ausnahmsweise Straffreiheit angeordnet ist! —: es bedarf eines Rechtssatzes, um die Wirkung eintreten zu lassen, keines, um sie zu verhindern. Läfst sich demnach nicht sagen, es existiere ein eigner Rechtssatz im eigentlichen

Sinne des Worts, der z. B. laute „alle Handlungen sind, wenn nichts anderes bestimmt ist, straffrei“, so ist das doch Inhalt der Rechtsordnung; nach dieser Erklärung ist kein Mifsverständnis mehr zu fürchten, wenn man sagt: im Hintergrunde aller besonderen Rechtssätze, die eine Handlung mit Strafe oder Schadensersatzpflicht bedrohen oder ihr sonst eine rechtliche Folge geben, steht immer als selbstverständlich und unausgesprochen der allgemeine negative Grundsatz, dafs, von diesen besonderen Fällen abgesehen, alle Handlungen straffrei, ersatzfrei bleiben: jeder positive Satz, durch den eine Strafe, ein Schadensersatz angeordnet wird, ist in diesem Sinne eine Ausnahme von jenem allgemeinen negativen Grundsatz. Und daraus folgt: fehlt eine solche positive Ausnahme, so mag das von irgend einem kritischen Standpunkt aus, von dem man solche Ausnahme wünscht, als Lücke bezeichnet werden, für die Rechtsanwendung aber ist es keine Lücke, denn der Richter kann immer, jenen allgemeinen negativen Satz anwendend, erkennen, dafs die behauptete rechtliche Wirkung nicht eingetreten, dafs ein Recht auf Strafe, eine Pflicht zum Schadensersatz nicht entstanden sei. Will er trotzdem im gegebenen Fall den Schadensersatz zusprechen, weil er das für gerecht hält, so füllt er in Wahrheit nicht eine Lücke aus, sondern er ändert jenen allgemeinen negativen Satz für diesen Fall in sein Gegenteil um, er macht eine neue

Ausnahme von ihm. Von den Strafdrohungen abgesehen darf er das; er wird leichter dazu kommen, wo für einen ihm verwandt erscheinenden Fall bereits eine Schadensersatzpflicht angeordnet ist, er wird diese Anordnung hier analog ausdehnen — um in dem vorigen Bilde zu bleiben: wo einmal festes Land ist, da wächst leicht weiteres Land zu. Der jetzige feste Bestand des positiven Rechts hat sich vielfach derart durch 'Anlandung' gebildet.

Noch energischer tritt alles dies in den anderen angeführten Beispielsfällen hervor: überall sind hier statt der vermeintlichen Lücken sogar ausdrücklich formulierte Rechtssätze, sei es bejahenden, sei es verneinenden Inhalts, vorhanden, die der Richter anwenden und mit denen er den Fall vollständig entscheiden könnte, nur Rechtssätze, die er bei den besonderen Eigentümlichkeiten des vorgelegten Falles für ungeeignet hält und deshalb nicht anwenden will; er füllt keine Lücke aus, sondern korrigiert an dem vorhandenen Recht, indem er für diese Art Fälle eine Ausnahme von jenem Satze macht.

In dem Fall mit dem Schlafwagen ist der allgemeine Rechtssatz, daſs jeder nur für den durch seine Schuld angerichteten, nicht auch für den sonstwie eingetretenen Schaden haftet, zweifellos an sich anwendbar; die Ausnahme mit dem Gasthof paſst nicht, denn ein Schlafwagen ist kein Gasthof. Man hält es aber für gerecht, ebenso wie für den Gasthof auch für den Schlaf-

wagen eine Ausnahme von jenem allgemeinen Rechtssatz zu machen, man will jenen allgemeinen Satz also für diesen Fall ändern.

Ferner der Brandstiftungsfall. Der allgemeine Rechtssatz heifst: der Täter wird bestraft, sobald die Tat vollendet ist, gleichgiltig ob er die Folgen der Tat nachher wieder gut macht oder nicht — ein Dieb bleibt strafbar, auch wenn er das Gestohlene zurückgebracht hat. Dieser allgemeine Satz pafst an sich auch vollständig auf den Brandstifter und auf den, der den Brandstifter zur Tat angestiftet hat, eine wahre Lücke ist also nicht vorhanden. Für den Täter selbst existiert nun eine Ausnahme von dem Satz; man hält es für gerecht, den Satz durch eine zweite Ausnahme zu Gunsten dessen zu durchbrechen, der den Täter zur Inbrandsetzung angestiftet hat.

Ebenso in dem Fall der Kündigung. Nimmt man den allgemeinen Satz an, dafs jedes Rechtsgeschäft bedingt abgeschlossen werden könne, so haben wir, da auch die Kündigung ein Rechtsgeschäft ist, eine klare Entscheidung für sie: man will wiederum nicht eine Lücke ausfüllen, sondern eine Ausnahme von diesem allgemeinen Satz machen.

Und endlich bei dem Kauf des Spiegels: das Gesetzbuch spricht den Rechtssatz, dafs der Verkäufer die Gefahr bis zur Übergabe der Sache trägt, ausdrücklich aus; dieser Satz pafst an sich vollständig auch auf den Fall

der Versendung innerhalb eines Orts: nicht eine Lücke soll ausgefüllt, sondern dieser allgemeine Satz soll für diesen besonderen Fall geändert werden.

Am eingreifendsten und deutlichsten ist die Rechtsänderung in dem Fall mit dem Telephon. Hier existiert ein positiver Satz, der Satz nämlich, dafs Verträge unter Abwesenden so und so behandelt werden sollen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dafs Verträge durch Fernsprecher zwischen Abwesenden geschlossen werden — der Berliner in Berlin, mit dem ich mich telephonisch von Bonn aus unterhalte, ist doch in Berlin und nicht in Bonn anwesend! —, eine Lücke ist also keineswegs vorhanden; aber freilich findet man die allgemeinen Sätze über Vertragsschlufs unter Abwesenden gerade für diesen besonderen Fall ungeeignet, man möchte für diesen besonderen Fall des Vertragsschlusses unter Abwesenden die von dem allgemeinen Rechtssatz angeordnete rechtliche Behandlung fallen lassen, und nicht blofs das, man möchte zugleich auch andere positive Regeln, die das Gesetz für andere Tatbestände kennt, in Anwendung bringen, nämlich die über den Vertragsschlufs unter Anwesenden geltenden Regeln: dafs man eine Änderung machen, nicht eine Lücke ausfüllen will, liegt klar zu Tage.

Also wieder dieses selbe seltsame Ergebnis wie bei dem Fall mit der Sachbeschädigung: der Richter kann sogar positive Rechtssätze für den von ihm zu ent-

scheidenden Fall ändern! Natürlich darf er nicht beliebig einen Satz, den er für ungerecht hält, unangewendet lassen und durch irgend einen anderen ersetzen; soweit geht seine Macht nicht, hierzu wäre ein eigner Gesetzgebungsakt nötig. Es handelt sich vielmehr, wie ich das schon bei den einzelnen Beispielen gezeigt habe, auch hier immer nur darum, dafs für Fälle wie den zur Entscheidung stehenden eine Ausnahme von dem vorhandenen allgemeineren Rechtssatz gemacht wird: man urteilt, dafs von diesem Satz für Fälle wie den zur Entscheidung stehenden eine Ausnahme hätte gemacht werden sollen, man urteilt so unter Zugrundelegung dessen, was man als den Zweck des allgemeinen Satzes betrachtet — diesen schwierigen Begriff erörtere ich nicht näher, sondern sage nur zur Verdeutlichung für den Nichtjuristen: man denkt sich eine normale Einzelperson als Gesetzgeber, man nimmt an, dafs dieser Gesetzgeber entweder auf eine, natürlich unvollständige Induktion sich stützend oder von vornherein das Typische der Fälle vor ihrer Einzelgestaltung sehend den allgemeinen Satz geschaffen hat [12], von ihm aber, wenn er diese besondere Art darunter gehöriger Fälle bedacht und zu regeln gehabt hätte, selbst eine Ausnahme gemacht haben würde.

Hierdurch erklärt sich auch, dafs man von Lücken spricht: die Lücke besteht darin, dafs eine Ausnahmebestimmung für Fälle von dieser Eigenart nicht gegeben ist.

Aber das ist selbstverständlich nicht eine Lücke in dem Sinne, dafs der Fall überhaupt unter keinen Satz des Gesetzes pafste, sondern nur eine Lücke in dem Sinne, dafs man die nach dem Gesetz zu treffende Entscheidung sachlich beanstandet. Am ehesten wird man zu diesem Urteil kommen, wenn für einen anderen verwandten Fall eine Ausnahmebestimmung bereits existiert: diese gilt es dann analog auszudehnen und den allgemeinen Satz auf diese Weise einzuschränken[13]. Weit entfernt also, dafs die Analogie, wie oft gelehrt wird, vor Ausnahmebestimmungen Halt macht, greift sie vielmehr hauptsächlich bei ihnen Platz.

Übrigens ist eine derartige Korrektur des Rechts durch Analogiebildung auch im Staats-, Verfassungs- und Verwaltungsrecht, ja auch im Völkerrecht möglich; aber es liegt in ihrer Natur als einer Neubildung, dafs ihre Anerkennung bei allen Streitigkeiten, die nicht durch ein geordnetes Gerichtsverfahren entschieden werden, auf Schwierigkeiten stofsen wird.

Ich fasse zusammen. In den Fällen, in denen man gemeinhin von Lücken spricht, handelt es sich in Wahrheit darum, dafs für besondere Tatbestände eine besondere von der allgemeinen Regel abweichende rechtliche Behandlung im Gesetz vermifst wird. Lückenausfüllung bedeutet, dafs der Richter jene allgemeine Regel für diese besonderen Tatbestände durchbricht und für sie einen

neuen Rechtssatz, meist in Weiterbildung anderer schon vorhandener Sondersätze, findet[14].

Aber nun schlägt mir das Gewissen und ich mufs einen Ausdruck, den ich bisher der Kürze halber mehrfach verwendet habe, verbessern. Der Richter, so sagte ich einige Male, ändert für den von ihm zu entscheidenden Fall das gegebene Recht. In welchem Sinn ist das gemeint? Schafft der Richter, wenn er derart durch Analogie oder sonstwie einen neuen Satz findet, erfindet und auf seinen Fall anwendet — dadurch wirklich neues Recht? Man hört das oft sagen, aber es ist unrichtig. Der Richter kann und will nicht neues Recht schaffen, er will nur die Entscheidung eines konkreten Falles geben. Ist es also nicht neues Recht, was er schafft, so spricht er Recht, das nicht Recht ist? Auch das ist unmöglich, er ist durch seinen Eid gebunden, dem vorhandenen Recht gemäfs zu entscheiden. Er gibt also auch bei jeder Analogieziehung seine Entscheidung mit dem Anspruch, dafs sie vorhandenem Recht entspreche, dem Recht, das er durch seine Gedankenoperationen als bereits vorhandenes wenn auch vielleicht unbekanntes Recht erkannt hat. Oder anders ausgedrückt: die Tätigkeit des Richters beruht auf der Vorstellung, dafs der von ihm angewandte Satz bereits Recht sei[15].

Diese Vorstellung müssen wir festhalten. Es ist ja doch nicht der Richter allein, der zur Entscheidung berufen

ist: jeder Einzelne kann in die Lage kommen, sich eine juristische Antwort suchen zu müssen und wird dann ebenfalls zur Analogie zu greifen haben. Daraus geht aber hervor: es mufs einen allgemeinen Rechtssatz geben, der die durch jene Gedankenoperationen gewonnenen Rechtssätze für Recht erklärt, einen Rechtssatz also des Inhalts: Recht ist das, was hier im Gesetz steht, mit gewissen Änderungen (Ausdehnungen und Einschränkungen), die sich durch Analogie u. s. w. ergeben. Denn sonst wäre der neue Satz nicht Recht und jede Analogieziehung wäre falsch. Einen solchen allgemeinen Rechtssatz sprach der erste Entwurf zu unserem Bürgerlichen Gesetzbuch auch wirklich aus; er verwies auf Analogieziehung und Entscheidung nach dem Geist des Gesetzes, allerdings mit der, wie wir gesehen haben, unrichtigen Bezeichnung, es handle sich um Fälle, für die das Gesetz keine Vorschriften enthalte; man hat diese Bestimmung nachher freilich wieder gestrichen, aber doch nur, weil sie sich von selbst verstehe, und darum ist durch diese Streichung nichts geändert. Viele der wichtigsten Sätze gelten ja als Rechtssätze, ohne aufgeschrieben zu sein, sie gelten als selbstverständlich, und so dürfen wir auch den Satz, dafs die Analogieziehung erlaubt sei, obwohl er nicht ausgesprochen ist, doch als einen Satz des positiven deutschen Rechts betrachten; er gilt in unserem gesamten, auch dem öffentlichen Recht; wir

könnten uns aber sehr wohl eine Rechtsordnung denken, die dem Richter jede derartige Tätigkeit verböte und ihn streng ans Wort fesselte — in gewissem Umfang haben wir ein solches Verbot auch in Deutschland im Strafrecht: dafs es möglich ist, erklärt sich erst aus der dargelegten Auffassung dessen, was Lücke genannt wird.

Aber das ist erst die halbe Wahrheit. Es gibt auch echte Lücken, Lücken wirklich in dem Sinn, dafs das Gesetz eine Antwort überhaupt schuldig bleibt, eine Entscheidung gar nicht ermöglicht, während eine Entscheidung doch getroffen werden mufs. Der Fall dieser wahren Lücke ist der: das Gesetz gibt einen positiven Satz, nach dem zu entscheiden ist, läfst aber innerhalb dieses Satzes ein einzelnes Moment unbestimmt; anders gesprochen: der Wille des Gesetzes, dafs eine rechtliche Behandlung gewisser Art eintrete, steht fest, aber innerhalb dieses Rahmens sind mehrere Möglichkeiten, und das Gesetz sagt nicht, welche davon es will. Ich darf das wieder durch Beispiele klar machen.

In den achtziger Jahren war der Kassierer einer Berliner Handelsgesellschaft mit 150 000 Mk. durchgegangen; die geschädigte Firma hatte für seine Ergreifung eine Belohnung von 5000 Mk. ausgesetzt. An der Ermittelung und Ergreifung des Täters, die schliefslich in Kiel gelang, waren mehrere Personen beteiligt; zwischen

diese wurde die ausgelobte Summe nach gutem Ermessen verteilt; die ebenfalls beteiligten Kieler Polizeibeamten erhielten dabei nur 500 Mk. Dieser Anteil schien ihnen zu gering, und sie erhoben deswegen gegen die Firma Klage auf Auszahlung der ganzen Summe an sie. Die Gerichte waren in Verlegenheit. Nach dem preufsischen Landrecht, das hier mafsgebend war, stand soviel fest, dafs die geschädigte Firma die Verpflichtung hatte, den an der Entdeckung und Ergreifung des Täters Beteiligten 5000 Mk. auszuzahlen; das Gesetz schwieg aber darüber, ob diese mehreren Beteiligten etwa als Gesamtgläubiger oder zu gleichen Anteilen oder wie sonst sie berechtigt sein sollten. Sie sehen die Lücke: sicher ist, es soll gezahlt werden, unsicher ist, wie zu teilen ist. Nun hatte das Landrecht eine Bestimmung, wonach bei Lösung von Preisaufgaben, insbesondere wissenschaftlicher und künstlerischer Art, das Urteil dessen, der den Preis ausgesetzt habe, für die Zuerkennung und Verteilung mafsgebend sein sollte; das Reichsgericht hat diese Bestimmung analog auch in unserem Fall angewendet: Ergreifung eines Verbrechers sei zwar keine wissenschaftliche oder künstlerische Leistung, aber die Lücke sei entsprechend jener Bestimmung auszufüllen.

Oder — ein bei Statuten nicht selten vorkommender und daher mir bekannter Fall — das Gesetz ordnet eine Wahl für eine gewisse Gelegenheit an, unterläfst es

jedoch, über die Art der Wahl oder die Ermittelung des Gewählten nähere Bestimmungen zu geben. Eine Lücke ist hier gerade so da, als wenn das Gesetz etwa für irgend einen Fall gesetzliche Zinsen zubilligte, über die Höhe der Zinsen, ob 4 oder 5 %, aber keine Auskunft gäbe.

Vielleicht die klaffendste Lücke solcher Art zeigen unsere Gesetze — und ebenso die anderer Länder — in Bezug auf das sogenannte internationale Privatrecht. Ich erkläre das durch einen Fall. Ein Engländer und ein Franzose schliefsen in Amsterdam einen Vertrag über eine beliebige Lieferung und geraten über diesen Vertrag in Streit. Aus irgend einem Grunde kommt der Prozefs vor ein deutsches Gericht. Das deutsche Gericht ist, wie wir annehmen wollen, zuständig, das heifst: unser Gesetz befiehlt dem deutschen Richter den Prozefs zu entscheiden — das ist der vorhandene Rechtssatz —, aber es sagt mit keiner Silbe, welche Rechtsordnung unser Richter bei Beurteilung des Falles anzuwenden habe, die englische oder die französische? die holländische oder die deutsche? Unser Gesetz sagt also: wende eine Rechtsordnung an, aber es sagt nicht, welche — da ist die Lücke, eine Lücke übrigens, deren Ausfüllung eine der gröfsten, schwierigsten und wichtigsten Aufgaben der gesamten Rechtswissenschaft bildet.

Indes hier erhebt sich doch ein Bedenken. Kommen wir nicht zu weit, wenn wir in allen solchen Fällen von

Lücken sprechen? Jeder Blick auf unsere Gesetze belehrt, dafs sie in unzähligen Fällen die rechtliche Folge nur im allgemeinen bestimmen und die nähere Bestimmung und Abmessung dem Richter für den Einzelfall anheimstellen. Man denke nur an den sogenannten Strafrahmen: das Gesetz bedroht z. B. den gewöhnlichen Diebstahl mit Gefängnis; da die Gefängnisstrafe aber von einem Tag bis zu fünf Jahren dauern kann, so sind das 1826 Strafmöglichkeiten: welche soll der Richter wählen? Oder der Richter soll bei Körperverletzung und Freiheitsentziehung eine billige Entschädigung in Geld zusprechen — wie hoch soll die sein? Das mufs er feststellen. Und so in immer neuen Variationen: das Gesetz enthält ja nicht, wie der Nichtjurist das so vielfach glaubt, feste Entscheidungen der Fälle, so dafs der Richter nur ein juristischer Automat wäre — man steckt den Fall hinein und zieht die Entscheidung heraus —, sondern es verlangt selbständige Abwertung durch den Richter. So auch hier, und doch spricht hier niemand davon, das Gesetz habe eine Lücke. Worin liegt der Unterschied?

Mir scheint darin: Das Gesetz sagt hier alles, was an allgemeinen Sätzen überhaupt zu sagen ist und läfst eine Unbestimmtheit nur, damit der Richter Spielraum habe, bei seinen Entscheidungen die Eigentümlichkeiten jedes einzelnen Falles — deren ja keiner ganz dem anderen gleicht — zu berücksichtigen, z. B. die Strafe je nach

den individuellen Umständen abzustufen. Bei jenen wirklichen Lücken aber fehlt es, bevor noch die individuellen Umstände gerade dieses einzelnen Falles in Betracht zu ziehen sind, sogar an den näheren abstrakten Regeln für derartige Fälle. Das Gesetz hat diese Regelung nicht ausgesprochen — es hat sie entweder vergessen oder sich nicht reif genug gefühlt sie in guter Weise zu geben: so steht es gerade im Internationalen Privatrecht —, aber es hätte sie aussprechen sollen. Das Gesetz will nicht, dafs die Frage, wer von mehreren an der Entdeckung eines Verbrechers Beteiligten die Belohnung zu bekommen habe, vom Richter je nach den Einzelumständen des Falles entschieden werden solle, sondern es will — dies wenigstens war die Meinung des Reichsgerichts —, dafs der Richter bei dieser Entscheidung einem abstrakten, die Fälle regelnden Rechtssatz folgen solle, einem Rechtssatz aber, den bei dem Schweigen des Gesetzes das Gericht selbst erst finden mufste[16].

Und darum ist auch die Stellung des Richters beide Male ganz verschieden. Wo er die konkreten Umstände berücksichtigen soll, da ist ihm völlig freies Ermessen gelassen: jede Entscheidung innerhalb des ihm gezogenen Rahmens entspricht dem Recht und kann daher, mag sie auch noch so unbillig sein, doch, wie ich für die anwesenden Juristen hinzufüge, mit dem Rechtsmittel der Revision nicht angegriffen

werden. Im Fall der Lücke hingegen gilt es für den Richter, durch irgend welche Gedankenoperationen, insbesondere auch durch Analogieschlüsse, die fehlenden Rechtssätze erst aufzufinden[17], und ob er sie richtig aufgefunden hat, das ist Gegenstand des Zweifels: sein Urteil kann daher in der Revisionsinstanz mit der Behauptung angegriffen werden, der zur Ausfüllung der Lücke verwandte Satz entspreche dem Recht nicht[18].

Ich nannte als Fälle der Lücke solche, wo dem Richter befohlen ist, über einen bestimmten Punkt positiv zu entscheiden, ohne dafs die Rechtsordnung doch eine Wegweisung gäbe, wie er entscheiden soll. Diesen Fällen stehen ganz nahe andere, mit denen wir auf die Höhe weltgeschichtlicher Vorgänge steigen: Fälle, wo nicht mehr der Richter zu entscheiden hat, weil es sich um völkerrechtliche oder grundstaatsrechtliche Fragen handelt, über die kein Richter gesetzt ist. Jellinek[19] konstruiert folgende zwei Fälle, die ich als Beispiele benutze. In Frankreich hat das Ministerium, wie wir annehmen wollen, seine Entlassung genommen, die Legislaturperiode für die Kammern ist — das mufs hinzugesetzt werden — abgelaufen und eine Neuwahl noch nicht angeordnet; darauf stirbt der Präsident der Republik, und das Ministerium weigert sich, die Geschäfte weiter zu führen: wie ist die Möglichkeit, zu einer Wahl des Präsidenten zu kommen? Oder: nach

dem Ukas Peters des Grofsen von 1722 wurde der Thron durch Ernennung des Nachfolgers von Seiten des regierenden Kaisers besetzt; wenn nun ein russischer Kaiser starb, ohne einen Nachfolger ernannt zu haben — wer war dann Kaiser von Rufsland?

Dafs hier Lücken vorliegen, ist unzweifelhaft: das Gesetz gibt auf die gestellte Frage keine Antwort, und doch mufs eine Antwort gefunden werden, denn es existiert ein allgemeinerer Satz, der eine positive Antwort fordert: die französische Verfassung *fordert*, dafs ein Präsident gewählt werde, die russische *fordert* das Dasein eines Kaisers. Solche Lücken sind lebensgefährlich. Ein Richter, der entscheiden und das Spannungsverhältnis lösen könnte, ist nicht da: hier sind wir am Ende der juristischen Dinge, die Jurisprudenz weifs keine Anwort mehr und die nackten Tatsachen, die Machtverhältnisse müssen, wenn nicht der Staat zu Grunde gehen und das Chaos hereinbrechen soll, irgend eine Lösung ergeben, Recht schaffen da, wo es vorher nicht war.

Aber von diesen katastrophenartigen Fällen, wo der Staat vor Sein oder Nichtsein steht und Macht zwar nicht vor Recht geht, aber doch anstatt des Rechts, will ich absehen und mich dem bescheideneren, aber auch umfassenderen Gebiet der Fälle wieder zuwenden, die sich innerhalb des geordneten Staatswesens abspielen.

Hier haben wir alles in allem genommen dies Ergebnis gefunden: die Fälle, in denen man von Lücken spricht, sind von zweierlei sehr verschiedener Art — es ist unmöglich, diesen Unterschied zu verkennen, sobald man einmal auf ihn aufmerksam geworden ist: bei den Fällen der ersten Art handelt es sich in Wahrheit um Korrekturen, nur bei denen der zweiten Art um Lückenausfüllung.

Und diese Unterscheidung hat nach einer Reihe von Seiten hin praktischen Wert: ich meine, für die beiden Arten von Lücken gilt nicht in allen Beziehungen das Gleiche. Davon hier genauer zu sprechen, verbietet mir die Kürze der Zeit und die Schwierigkeit des Gegenstandes; um aber doch bei dieser Besprechung von Lücken nicht selbst eine vollständige Lücke zu lassen, will ich den Hauptpunkt wenigstens berühren: er betrifft die Art der Tätigkeit und die Stellung des Richters, der einen Fall zu entscheiden hat, bei dem eine Lücke des Gesetzes und darum eine Lückenausfüllung in Frage kommt. Insoweit allerdings besteht keine Ungleichheit: die Tätigkeit des Juristen, der Korrekturen oder Ergänzungen des Gesetzes sucht, ist niemals eine rein logische, die als richtig oder falsch beweisbar wäre; die Gedankenoperationen, durch die er zu seinen Ergebnissen kommt, beruhen vielmehr zum gröfsten Teil auf Wertungen und Abschätzungen, auf Eindrücken und Auffassungen subjektiver Färbung, die aus dem Gesetz selbst und allein sich nicht rechtfertigen

lassen, und der sogenannte Analogieschlufs der Juristen ist zwar dem, was die Logik so nennt, nahe verwandt, von ihm aber doch auch spezifisch verschieden[20]. Indessen bleibt hier doch ein Unterschied zwischen den beiden Arten von Lücken: notwendig ist der Jurist bei den Lücken erster Art viel gebundener als bei denen der zweiten. Bei diesen hat er gar nicht mehr zu erwägen, ob er ergänzen will oder nicht, er mufs das tun, da er sonst überhaupt keine Entscheidung geben könnte, wozu er doch verpflichtet ist, er mufs es tun, selbst wenn er keinerlei Direktiven aus dem Gesetz selbst entnehmen kann; bei den Fällen der ersten Art hingegen wird er sich viel schwerer zu einer Änderung entschliefsen, denn es handelt sich für ihn hierbei ja darum, ein Bestehendes erst niederzureifsen, ehe er zu Neuem schreiten kann, und er kann, wenn ihm die Korrektur Bedenken erregt, immer bei der Anwendung des ungeänderten alten Gesetzes bleiben. Dort mufs er schöpferisch vorgehen, hier kann er es blofs.

Doch ich lasse es bei dieser Andeutung genügen und komme zum Schlufs. Auch bei dieser Arbeit der Lückenausfüllung, die der Jurist zu leisten hat, mag er den Fall nun unmittelbar als Praktiker oder vordenkend als Theoretiker bearbeiten, zeigt sich wieder das eigentümliche Kunstelement, das aller Jurisprudenz eigen ist. Bei jeder wirklichen Juristentätigkeit, bei der Arbeit des

Gesetzgebers wie bei der praktischen Behandlung der wirklichen Fälle — und alle Rechtswissenschaft ihrerseits ist nur Hilfeleistung und Vorbereitung für diese Tätigkeiten oder sie ist eben nicht mehr Jurisprudenz —, bei aller wirklichen Juristentätigkeit, sage ich, handelt es sich nicht sowohl um Anwendung einer Wissenschaft als um eine auf Wissenschaft gestützte Ausübung einer Kunst — Kunst von Können hergeleitet. Dieses Element der Kunst ist natürlich nie ganz verkannt, aber doch fast ein Jahrhundert hindurch lange nicht genug gewürdigt und darum auch in der Theorie nicht genug verwertet worden. Ich glaube sagen zu dürfen: es ist eine der wichtigsten und folgenschwersten Umwälzungen in dem Betriebe unserer Jurisprudenz gewesen, dafs sie sich in den drei letzten Jahrzehnten wieder auf ihre eigentliche Aufgabe, Vorbereitung, Vordenkung, Unterstützung jener Kunstübung zu sein, besonnen hat. Die Rechtsfakultäten haben angefangen sich mit diesem Geiste zu erfüllen, und haben so, ohne äufseren Anstofs, aus sich selbst heraus eine tiefgreifende Reform oder doch Ergänzung des Rechtsunterrichts durch weitverzweigte Übungen bewerkstelligt. Und mit dieser stärkeren Betonung des Kunstelements ergibt sich von selbst auch das Interesse, sich über das Wesen und die Methoden der juristischen Tätigkeit zu besinnen. Ein Stück solcher Selbstbesinnung durfte ich Ihnen vorführen.

Der heranwachsenden Juristengeneration aber, deren

Vertreter auch in diesem Festsaal anwesend sind, rufe ich zu: Sie sind berufen, dereinst solche vornehme Kunst zu üben. Mit der bloſsen Schneidigkeit und frischen Männlichkeit allein ist es für die juristischen Beamten nicht getan; andererseits genügt es auch nicht, nur im Studierzimmer Kenntnis der positiven Gesetze einzusammeln — das ist unentbehrlich, aber eine breite Kenntnis auch des Lebens und ein heller Wirklichkeitssinn müssen hinzukommen: wir brauchen Männer, die die Gesetze weit frei, human, mit vollem sozialen Verständnis anzuwenden und in der Anwendung zu ergänzen und weiterzubilden wissen. Rechtsfachschulen können hier nicht helfen, die Universitäten, ihrem universalen Charakter nach, können es, wenn sie recht benutzt werden. Auf dem Wege der Erziehung solcher Juristen liegt ein groſser Teil unserer nationalen Hoffnungen.

Anmerkungen und Zusätze.

1 Zu S. 7. S. die Anführungen in Anm. 5 unter 2).

2 Zu S. 8. S. die Anführung in Anm. 5 unter 1).

3 Zu S. 8. Andere Fälle der gleichen Art ergeben sich aus dem Verhältnis des staatlichen Rechts zu dem autonomen Recht und dem Kirchenrecht.

4 Zu S. 9. Über diese drei Gruppen hier ausgeschiedener Fälle s. Anm. 14.

5 Zu S. 10. Die Behauptung, dafs es keine Lücken gebe, findet sich in der Literatur in zweifachem ganz verschiedenem Sinne

1) Die Schriftsteller, die überhaupt das Wesen der Lücke erörtern, behandeln fast alle nur die im Text besprochene Frage, und meinen den Satz, dafs es keine Lücken gebe, nur in dem Sinne, das Recht als Ganzes habe keine Lücken, während das einzelne Gesetz sie haben könne. Sie begründen das vor allem damit, dafs eine Entscheidung doch immer gefunden werden müsse; da diese Entscheidung nun doch nach dem Recht erfolge und dieses Recht vorher irgendwie da sein müsse, so könne auch von keiner Lücke die Rede sein. Hierauf — und nur hierauf — antwortet die Bemerkung im Text. Mit Recht sagt übrigens Jellinek, Allgemeine Staatslehre S. 325, dafs dies jedenfalls „nur für jene Teile der Rechtsordnung, in denen dem Richter die letzte Entscheidung des Einzelfalles zusteht", zutreffe, nicht aber da, wo von einer richterlichen Entscheidung

nicht mehr die Rede sein könne. Zumeist wird aber noch die andere Begründung hinzugenommen, dafs die Ergänzung des lückenhaften Gesetzes nicht durch von aufsen irgend woher entnommene Gedanken zu geschehen habe, sondern sich mit logischer Notwendigkeit aus den vorhandenen Rechtssätzen selbst ergeben müsse, so dafs also die Rechtsordnung als ein in sich geschlossenes und insofern lückenloses Ganzes anzusehen sei. Ich halte diese Anschauung für unrichtig, aber es ist hier nicht der Ort, über sie zu verhandeln: offenbar betrifft sie das zweite hier ausgeschiedene Problem über die Art der Lückenausfüllung. — Dieser Gedanke von der „logischen Geschlossenheit des Rechts", der Gedanke also, dafs für jede scheinbare Lücke „latente" aber objektiv feststehende Rechtssätze in der Rechtsordnung vorhanden seien, und dafs darum die angebliche Lücke des Rechts nur eine Lücke im Wissen vom Recht sei, tritt wohl schon bei Ihering hervor, weniger deutlich im Geist, I § 3 (3 A.) S. 31 ff. und II 2 (2 A.) S. 337 fg., klarer in seinen Jahrbüchern I S. 16; sodann bei Bruns in v. Holtzendorffs Encyklopädie „Das heutige römische Recht" § 9; s. ferner Binding, Handbuch des Strafrechts I S. 214, Regelsberger Pand. I § 38, Zernik, Begriff und Voraussetzungen der extensiven Auslegung und der Analogie, Diss., Greifswald 1895, S. 34 ff., Affolter, Archiv für öffentliches Recht XII (1896) S. 23—43, besonders S. 31. (Dieser Schriftsteller geht von dem Standpunkt aus, dafs der mutmafsliche Wille des Gesetzgebers zu suchen sei, wobei er als mutmafslichen Willen häufig nicht einen wirklichen Willen, dessen Vorhandengewesensein gemutmafst werden könne, meint, sondern einen sicher nicht vorhanden gewesenen Willen, der, wie man vermuten darf, vorhanden gewesen sein würde, wenn . . . .) Am tiefsten und eindringlichsten ist die Theorie von der logischen Geschlossenheit des Rechts von Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I (1892) S. 372 ff. behandelt und befürwortet; er führt von publizistischen Schriftstellern für diese Meinung auch L. v. Rönne, Laband, H. A. Zachariae und Bornhak unter Mitteilung ihrer Äufserungen an; wenigstens „für jene Teile der Rechtsordnung, in denen dem Richter die letzte Entscheidung des Einzelfalles zusteht", bekennt sich auch Jellinek, Allgemeine

Staatslehre S. 325 zu dieser Lehre, während er sie im übrigen durchaus verwirft (s. oben); energisch bekämpft wird sie von Jung ‚Von der „logischen Geschlossenheit“ des Rechts‘ in der Gieſsener Festgabe für Dernburg 1900; gegen Bergbohm auch Kipp zu Windscheid, Pand. I § 23 Anm. 1 b, obwohl dieser Schriftsteller in der Grundanschauung von der Art der Tätigkeit bei der Lückenausfüllung von Bergbohm kaum abweicht; vergleiche Anmerkung 14 unter 1). Bergbohm stellt übrigens seine Lehre, daſs das Recht ein in sich geschlossenes lückenloses Ganzes sei, nur für den rechtserfüllten Raum auf, d. h. für den Raum derjenigen Tatsachen, die das positive Recht grundsätzlich seiner Regelung unterstellt; anders stehe es aber da, wo das positive Recht eine rechtliche Regelung zu geben ablehne, hier sei keine Lücke vorhanden, eben weil das Recht mit diesen Tatsachengebieten nichts zu tun haben wolle, vielmehr sei das ein „rechtsleerer Raum“; siehe unten Anm. 14 S. 43.

2) In ganz anderem Sinne meinte es Brinz, wenn er in seinen Pandekten (2 A.) I S. 129 (1873) schrieb: „Lücken, die namentlich die Analogie ausfüllen soll, existieren im Rechte überhaupt nicht“; denn er verwies zur Erläuterung auf seine Bemerkung in der Anzeige von Adickes' Schrift „Zur Lehre von den Rechtsquellen“ in der Kritischen Vierteljahrsschrift XV S. 164 (1873): „Bei näherem Betracht muſs geleugnet werden, daſs es Lücken im Recht gibt. Den horror vacui, den der Verfasser (Adickes) hat, hatte vor ihm das Recht selbst; es gibt keinen rechtslosen Raum im Rechte; ist für diesen und diesen Fall noch keine actio, keine exceptio, kein Erbrecht, keine Forderung, keine Befreiung gesetzt, so besteht da, wo der Verfasser (und mit ihm freilich die meisten) eine Lücke im Rechte erblicken, lediglich eine Lücke auf Seite des Rechtsuchenden; bei ihm fehlt es an dem Erfordernisse, das vom Recht für den Fall der actio, oder exceptio positiv gesetzt ist“. Dieser wichtige Gedankenblitz hat aber kaum gezündet; aufgenommen, freilich nicht weitergeführt ist er von Zrodłowski, Das römische Privatrecht I S. 104 (1877), wie mir scheint auch von Stammler, Archiv für die civil. Praxis Bd. 69 S. 33 fg. (doch spielt hier wohl auch die erste Gedankenreihe mit hinein, darauf lassen die Citate in seiner Anmerkung 68 schlieſsen); ebenso steht es mit Ehrlich

‹Über Lücken im Rechte› in Burians Juristischen Blättern XVII Nr. 38 S. 447 fg. (1888). (Die sehr lesenswerten Aufsätze von Ehrlich beschäftigen sich in der Hauptsache mit der anderen Frage nach der Art der Lückenausfüllung; mit Unrecht sind sie in der späteren Literatur meist, so auch von Geny, Méthode d'interprétation, 1899, mit Stillschweigen übergangen.) Stammler und Ehrlich sagen denn auch folgerichtig, dafs die angeblichen Lücken nur Lücken de lege ferenda seien. Die Formulierung, die Ehrlich S. 148 (rechts oben) im Vorübergehen gibt, ist für die eine Gruppe von Fällen der ‚Lücke' durchaus zutreffend. Vergleiche auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen VII S. 64 oben „Ergänzung und Änderung des Gesetzes". — Meistens wird Brinz' Bemerkung mifsverstanden, sie wird zu Gunsten der ersten Theorie angeführt, die das Recht als ein logisch geschlossenes und lückenloses Ganze ansieht, s. zum Beispiel Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie S. 374 (der Rechtsuchende in Brinz' Sinne ist die Prozefspartei, nicht der, welcher Antwort auf eine theoretische Frage sucht).

6 Zu S. 11. BGB. § 147 Abs. 1 Satz 2; diese auf Vertragsanträge sich beziehende Bestimmung ist dann ihrerseits analog auf sonstige Willenserklärungen durch Fernsprecher auszudehnen, darüber s. Jung, Von der logischen Geschlossenheit S. 10 fg.

7 Zu S. 13. A. Langen, Die privatrechtliche Stellung der Wirte (1902) S. 6 Anm. 12.

8 Zu S. 14. Soergel, Rechtsprechung 1900/01, zu BGB. § 447 unter b. — Eine weitere Analogie: § 447 ist analog anzuwenden, wenn der Verkäufer selbst die Versendung ausführt; so mit Recht Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (3 A.) I S. 417.

9 Zu S. 15. Ebenso war in dem vielbesprochenen Falle der Entwendung von elektrischer Kraft zu urteilen; bekanntlich ist hier inzwischen ein eigenes Gesetz erlassen worden.

10 Zu S. 16. Bielitz, Nachträge zum praktischen Kommentar über das allgemeine Landrecht, Heft 2 S. 28 (1832).

11 Zu S. 17. Über den Grund des Ausschlusses der Analogie bei der Pönalisierung und gegen diesen Ausschlufs ist zu vergleichen Binding, Handbuch des Strafrechts I S. 17 ff.

12 Zu S. 23. Siehe hierüber Zitelmann, Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht S. 28 fg.; über den ‚Zweck des Gesetzes' und den ‚normalen Gesetzgeber' siehe ebenda S. 33 fg.

13 Zu S. 24. Neben der ausdehnenden von einschränkender Analogie zu reden ist schwerer Mifsbrauch. Denn bei dieser Entgegensetzung werden die Worte ‚ausdehnend' und ‚einschränkend' auf zwei verschiedene Objekte bezogen. Ausdehnend heifst die Analogie, weil sie den bereits vorhandenen Ausnahmesatz ausdehnt; einschränkend würde sie genannt werden, weil sie den allgemeinen Satz einschränkt, indem sie eine Ausnahme von ihm macht. Jede Analogie ist also zugleich ausdehnend und einschränkend: der ganze Unterschied ist wertlos.

14 Zu S. 25. In den Erörterungen des Textes waren, um die Darstellung durchsichtiger zu gestalten, alle die Fälle beiseite gestellt worden, „wo das Gesetz ganze Bereiche von Lebenstatsachen aufserhalb seiner Ordnung beläfst" (s. oben S. 8), und zwar wurden drei Gruppen solcher Fälle unterschieden. Ich ziehe nunmehr auch diese Fälle heran und frage, wieweit bei ihnen von ‹Lücken› geredet werden kann.

1) Ganz für sich stehen die Fälle der ersten Gruppe, wo das Gesetz die rechtliche Ordnung der bestimmten Lebensgebiete unterläfst, weil für sie eine andere rechtschaffende Quelle existiert. Von einer Lücke der Rechtsordnung in irgend einem Sinn kann man hier nur sprechen, wenn man die einzelne Rechtsordnung nach ihrem Ursprung, nach dem Subjekt der Gesetzgebungsgewalt individualisiert; versteht man unter Rechtsordnung hingegen das Insgesamt von Rechtssätzen, die in einem und demselben Gebiet gelten, so läfst sich von Lücke natürlich nicht reden. Der Hinweis auf diese Fälle bei Kipp (zu Windscheid, Pand. I § 23 Anm. 1 b) ist darum nicht geeignet, Bergbohms Lehre von der Lückenlosigkeit des Rechts zu widerlegen.

2) Da, wo der Gesetzgeber ein ganzes Lebensgebiet rechtlich ohne Ordnung läfst, weil er eine rechtliche Ordnung überhaupt nicht für angebracht erachtet — dies sind die Fälle der dritten S. 8 genannten Gruppe —, liegt das vor, was Bergbohm den „rechtsleeren Raum“ nennt, s. Anm. 5 S. 40. Mit dem Ausdruck „rechtsleerer Raum“ wird demnach allerdings etwas Wirkliches bezeichnet; fraglich ist aber doch, ob der Begriff nicht allzu unbestimmt ist, um praktisch mit Nutzen verwendbar zu sein. Diese Unbestimmtheit ist nach zwei Seiten hin vorhanden. Einmal ist es nicht möglich, den rechtsleeren Raum von dem Tatsachenraum zu trennen, für den der Gesetzgeber absichtlich eine bestimmte Wirkung ausschliefst. Wenn BGB. § 105 Abs. 1 sagt, die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen sei nichtig, stellt es damit diese Willenserklärungen in den rechtsleeren Raum oder ordnet es sie nicht vielmehr, nur durch einen Satz verneinenden Inhalts? Schärfe hätte nach dieser Richtung hin der Begriff des rechtsleeren Raums nur, wenn man jede Tatsache, an die keine bestimmte positive Wirkung geknüpft ist, als in den rechtsleeren Raum fallend ansehen würde — aber dann hätte der Begriff einen so riesigen Umfang, dafs er ganz wertlos wäre. Zu zweit ist zu erwägen, dafs eine und dieselbe Tatsache in Bezug auf die eine Art von Rechtssätzen sehr wohl positiv geregelt sein kann, während sie für eine andere Art aufser Betracht gelassen ist: eine Handlung kann z. B. zivilrechtlich Schadensersatzfolge nach sich ziehen, während der Strafgesetzgeber sich mit ihr noch überhaupt nicht beschäftigt, sie also rechtsfolgefrei gelassen hat — dann müfste sie zivilrechtlich als dem rechtserfüllten, strafrechtlich als dem rechtsleeren Raum angehörig betrachtet werden: wir hätten schliefslich so viele Arten von ‘Räumen’ anzunehmen, wie es Arten von rechtlichen Regelungen gibt; kurz, wir kommen ins Bodenlose. — Jedenfalls scheint mir aber dies sicher, dafs gerade für die Lehre von den Lücken zwischen dem rechtsleeren Raum in Bergbohms Sinne und den Fällen, in denen die herrschende Lehre von Einzellücken spricht, kein praktischer Unterschied besteht. Eine Lücke in dem Sinne, dafs der Richter nicht entscheiden könnte, besteht auch dort nicht: findet der Richter, dafs die Rechtsordnung an diese Tatsache die in Frage

stehende Rechtswirkung nicht angeknüpft hat, so hat er ja eine mögliche Entscheidung, er verneint eben die Wirkung. Will er das nicht, will er auch hier in Analogie einer positiven Bestimmung irgend eine positive Wirkung festsetzen, so ändert er eben auch hier den allgemeinen negativen Satz; bekanntlich wird ja die Grenzlinie zwischen dem 'rechtsleeren' und dem 'rechtserfüllten' Raum beständig hin und her verschoben, sei es durch die Rechtsprechung, sei es durch die Gesetzgebung (Bergbohm a. a. O. S. 377 fg.).

3) Ausgeschieden wurden S. 8 endlich noch die Fälle, wo das Gesetz einen ganzen Tatsachenbereich einstweilen noch ohne besondere rechtliche Ordnung beläfst, weil es sich zur Regelung noch nicht reif genug fühlt. Von einem rechtsleeren Raume wird Bergbohm selbst hier so wenig wie ich zu reden gewillt sein: der Gesetzgeber will diesen Tatsachenbereich keineswegs aufserhalb der rechtlichen Regelung stellen, er erwartet eine solche vielmehr von der freien 'lückenausfüllenden' Tätigkeit der durch die Rechtswissenschaft unterstützten Praxis. Höchstens könnte man hier von einem einstweilen noch rechtsleeren Raum sprechen; aber auch das wäre unrichtig, vielmehr pflegt die Sache nur so zu liegen, dafs für diesen besonderen Tatsachenbereich eine besondere, gerade ihm allein gewidmete und seine Eigentümlichkeiten berücksichtigende rechtliche Regelung fehlt, dafs aber eine rechtliche Entscheidung doch schon nach dem vorhandenen Recht möglich ist, weil im Hintergrund die allgemeinen Rechtsgrundsätze als anwendbar übrig bleiben, z. B. bei einer besonderen Art rechtlich nicht besonders geregelter Verträge die allgemeinen Vertragsgrundsätze. Es handelt sich also hier um eine Lücke der Art, wie sie im Text S. 18 fg. gekennzeichnet ist; auch die Ausfüllung dieser Lücke geschieht auf die dort angegebene Art.

15 Zu S. 25. Unrichtig ist es darum auch, zu sagen, dafs der Richter durch seine Analogieentscheidung neues Recht zwar nicht schafft, aber doch „neues Recht anbahnt", so z. B. Brinz, Kritische Vierteljahrschrift XV S. 165. Ist die Analogie billigenswert, so ist der als analog neu aufgefundene Satz von vornherein vollständig fertiges Recht, nicht blofs erst angebahntes;

dafs bei einem späteren gleichen Fall ein anderer oder gar derselbe Richter die Analogie als nicht billigenswert wieder verwerfen, das Dasein des analogen Satzes also leugnen kann, ist kein Einwand gegen die Behauptung, dafs der Satz schon Recht sei: auch die Auslegung, die ein Richter einem geschriebenen Rechtssatz gibt, kann ein anderer oder gar derselbe Richter später wieder verlassen; ich halte es darum auch nicht für richtig, wenn Knitschky im Archiv für öffentliches Recht XIII S. 243 den durch Analogie gefundenen Rechtssatz einen „blofs vorläufigen“ nennt.

16 Zu S. 31. Bei allen derartigen Lücken mufs der Richter ergänzend vorgehen: das Gesetz befiehlt ihm das, weil es überhaupt befiehlt, angewendet zu werden — dem Richter würde sonst nur übrig bleiben, das Gesetz wegen Unbestimmtheit für nichtig zu erklären. Nicht selten wird übrigens zweifelhaft sein, ob das Gesetz Auffindung lückenausfüllender Rechtssätze oder Entscheidung nach freiem Ermessen haben will: dies ist eine Auslegungsfrage.

17 Zu S. 32. Auch hier mufs, entsprechend dem S. 25 fg. Gesagten, die Vorstellung festgehalten werden, dafs der Richter behufs Ausfüllung der Lücke nicht einen neuen Rechtssatz schafft, sondern dafs der von ihm angewandte Satz, eben weil er analog ist oder der ‘Natur der Sache’ entspricht oder wie man sich sonst ausdrücken will, bereits vorher als Rechtssatz bestand und jetzt vom Richter nur aufgefunden wurde.

18 Zu S. 32. Eine verwandte Art von Lücken liegt da vor, wo das Gesetz einen Begriff gebraucht, ohne ihn genau zu definieren. Auch hier geht das Gesetz davon aus, dafs der Begriff einen festen, wennschon erst noch zu erkennenden, Inhalt habe, so dafs die Subsumtion unter den Begriff als dem Recht entsprechend oder widersprechend beurteilt werden kann. Möglicherweise wird behufs des näheren Inhalts des Begriffs stillschweigend auf die Begriffsbildung einer anderen Wissenschaft oder auf den Sprachgebrauch des täglichen Lebens verwiesen; versagen diese Quellen aber — und nur die allerwenigsten nicht aus der Jurisprudenz stammenden Begriffe sind vollkommen zu Ende gedacht (fast nur die mathematischen sind es), so dafs die Sub-

sumtion niemals Zweifeln Raum läfst —, so soll der Richter doch nicht etwa ‘nach freiem Ermessen’ urteilen, in dem Sinne, dafs jede von ihm getroffene Entscheidung dem Rechte gemäfs wäre, vielmehr ist die Vorstellung, die unseren Gesetzen zu Grunde liegt, immer die, dafs ein fester Begriff existiere und vom Richter nur zu entdecken sei. Jede Subsumtion ist deshalb mit dem Rechtsmittel der Revision angreifbar. Wir haben also wiederum eine Lücke des Gesetzes im Sinne einer nicht genügenden Bestimmtheit. Ein grofser Teil unserer Jurisprudenz müht sich mit der Arbeit ab, die Begriffsinhalte genauer herauszuarbeiten; als Beispiel diene nur der Begriff Beleidigung, Urkunde, höhere Gewalt, Betrieb einer Eisenbahn. Auch bei dieser Arbeit näherer Umgrenzung des Begriffs, die durch immer neue empirisch herandrängende Fälle gefordert wird, geht der Jurist auf dem Wege der Analogie vor. Und da bringt es A. Forel in Hardens „Zukunft“, XI Nr. 1 (4. Okt. 1902) S. 11 fertig, zu schreiben: dem Juristen „mangelt jede Fühlung mit dem Leben. Für den wissenschaftlichen Analogieschlufs, für die langsame, immer wieder zweifelnde, immer sich verbessernde naturwissenschaftliche Induktion geht ihm jedes Verständnis ab“ u. s. w.!

19 Zu S. 32. Jellinek, Allgemeine Staatslehre S. 326 fg. Zur Rechtfertigung des ersten Beispielfalls ist zu vergleichen Lebon, Das Staatsrecht der franz. Republik (in Marquardsens Handbuch des öff. Rechts IV 1, Abteilung 6, 1886) S. 63 und 65 (Anordnung der Neuwahlen durch Dekret des Präsidenten der Republik), ferner Batbie, Traité théorique et pratique (2 éd. 1885), III S. 7.

20 Zu S. 35. Aus der neueren Literatur über diese Frage ist hervorzuheben, aufser den in Anm. 5 angeführten Schriften von Ehrlich und Jung sowie Genys ebenda bereits genanntem grofsem Werk, vor allem die köstliche Prorektoratsrede von G. Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen, Freiburg 1891; sodann Bekker, Scherz und Ernst S. 86 ff., 105 ff., 147 ff. Über die Analogie im Sinne der Logik siehe neuestens die Abhandlung von Mach in Ostwalds „Annalen der Naturphilosophie“ I S. 5 ff. (1902).

